

**Newsletter della Giustizia amministrativa**

**a cura dell’Ufficio per il massimario**

|  |
| --- |
| **Indice**  **Corte costituzionale**   1. **Corte cost., 18 gennaio 2023, n. 2, la misura di prevenzione del divieto di possesso o uso del cellulare può essere disposta solo per atto motivato dell’autorità giudiziaria.**   **Corte di cassazione, sezioni unite civili**   1. **Cass. civ., sez. un, 19 gennaio 2023, n. 1567, al g.o. il risarcimento del danno da lesione dell’affidamento.**   **Consiglio di Stato, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e Tribunali amministrativi regionali**   1. **Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 2023, n. 933, la portata applicativa dell’art. 1189 c.c., in ambito pubblicistico, va ancorata agli stati psicologici dell’*accipiens* e del *solvens*;** 2. **Cons. Stato, sez. VII, 26 gennaio 2023, n. 906, rimesso alla Corte di giustizia UE il regime del rapporto di servizio dei giudici onorari;** 3. **Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2023, n. 848, sulla rinunzia alla pretesa creditoria e sulle sue conseguenze sul giudizio di ottemperanza;** 4. **Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2023, n. 4, l’Adunanza plenaria si pronuncia sull’ordinanza resa nel corso del processo di primo grado sull’istanza di accesso documentale: natura decisoria ed appellabilità;** 5. **Cons. Stato, sez. II, 20 gennaio 2023, n. 714, acquisizione gratuita al patrimonio comunale per l’inottemperanza all’ordine di demolizione;** 6. **Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2023, n. 690, la partecipazione ad un’intesa restrittiva della concorrenza tra limiti probatori e profili di quantificazione delle sanzioni;** 7. **T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. III, 27 gennaio 2023, n. 232, sull’anomalia dell’offerta e sull’interpretazione del bando di gara.**     **Normativa e altre novità di interesse**   1. **Legge 13 gennaio 2023, n. 6 (in G.U. n. 13 del 17 gennaio 2023; in vigore dal 17 gennaio 2023) – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 novembre 2022, n. 176, recante misure urgenti di sostegno nel settore energetico e di finanza pubblica;** 2. **Decreto-legge 14 gennaio 2023, n. 5 (in G.U. 11 del 14 gennaio 2023; in vigore dal 15 gennaio 2023) – Disposizioni urgenti in materia di trasparenza dei prezzi dei carburanti e di rafforzamento dei poteri di controllo del Garante per la sorveglianza dei prezzi, nonchè di sostegno per la fruizione del trasporto pubblico.** |

|  |
| --- |
| **Corte costituzionale**  **​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​(1)**  **La misura di prevenzione del divieto di possesso o uso del cellulare può essere disposta solo per atto motivato dell’autorità giudiziaria.**  [**Corte costituzionale, 18 gennaio 2023, n. 2 – Pres. Sciarra, Est. Zanon**](https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2023:2)  Nei confronti di persone già condannate per delitti non colposi, e abitualmente dedite, per la loro condotta, alla commissione di reati, il questore non può autonomamente disporre la misura di prevenzione consistente nel divieto di possedere o utilizzare telefoni cellulari. Trattandosi di un provvedimento che incide sulla libertà di comunicazione, l’autorità di pubblica sicurezza può farne proposta, ma la decisione spetta all’autorità giudiziaria, come prevede l’art. 15 della Costituzione. È quindi costituzionalmente illegittima la disposizione del codice delle leggi antimafia nella parte in cui, secondo l’interpretazione della Corte di cassazione, include i telefoni cellulari nella nozione di «apparato di comunicazione radiotrasmittente» di cui il questore può vietare – con l’avviso orale “rafforzato” – il possesso o l’utilizzo.  Ha precisato la Corte costituzionale che le limitazioni relative all’uso di un determinato mezzo non necessariamente si convertono in restrizioni al diritto fondamentale che l’impiego di quel mezzo consenta di soddisfare. Riconosce, tuttavia, che nello specifico caso in esame la disciplina restrittiva relativa al telefono cellulare – considerata l’universale diffusione attuale di questo strumento, in ogni ambito della vita lavorativa, familiare e personale – «finisce per penetrare all’interno del nucleo essenziale del diritto, determinando evidenti ricadute restrittive sulla libertà tutelata dalla Costituzione». Per questa ragione, come appunto richiede l’articolo 15 della Costituzione, la decisione non può che spettare all’autorità giudiziaria.  Per questi motivi la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 3, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), nella parte in cui include i telefoni cellulari tra gli apparati di comunicazione radiotrasmittente di cui il questore può vietare, in tutto o in parte, il possesso o l’utilizzo.  **Corte di cassazione, sezioni unite civili**  **​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​(2)**  **Al g.o. il risarcimento del danno da lesione dell’affidamento.**  [**Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 19 gennaio 2023, n. 1567, Pres. Manna, Est. Mercolino**](https://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20230119/snciv@sU0@a2023@n01567@tO.clean.pdf)  Le sezioni unite hanno ribadito l’orientamento secondo cui ai fini della configurabilità dell'illecito, non è sufficiente la mera constatazione dell'illegittimità del provvedimento amministrativo, ma è necessario un *quid pluris*, rappresentato dalla delusione dell'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà riposta dal privato nel comportamento dell'Amministrazione, e fondata sul rispetto dei doveri di correttezza e buona fede sulla stessa gravanti nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa, la cui inosservanza dà luogo, indipendentemente dall'annullamento dell'atto in autotutela o in sede giurisdizionale, ad una responsabilità che non è qualificabile né come extracontrattuale né come contrattuale in senso proprio, configurandosi piuttosto, come una responsabilità di tipo relazionale o da contatto sociale qualificato (cfr. Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236).  Secondo le sezioni unite la controversia appartiene alla giurisdizione ordinaria in caso di risarcimento del danno da lesione dell’affidamento e non può essere esclusa in virtù della mera circostanza, fatta valere dall'Amministrazione, che il pregiudizio del quale la società attrice ha chiesto il ristoro sia ricollegabile, nella specie, ad un'attività di trasformazione urbana posta in essere in esecuzione di un progetto urbanistico approvato dalla Giunta municipale e successivamente annullato dal Giudice amministrativo: a sostegno della domanda, l'attrice non ha infatti allegato l'illegittimità dell'atto amministrativo, il cui annullamento si pone come un mero antecedente storico della pretesa da essa avanzata, né la riconducibilità del danno al provvedimento annullato, avente anzi portata ampliativa della sua sfera giuridica, bensì la scorrettezza della condotta asseritamente tenuta dall'Amministrazione comunale, la quale, nonostante l'impugnazione del provvedimento da parte di terzi, ha insistito per l'attuazione dell'intervento programmato e fornito assicurazioni in ordine alla legittimità dello stesso, escludendo la necessità di approfondimenti istruttori e suscitando in tal modo un affidamento incolpevole, la cui lesione costituisce quindi il vero fondamento della pretesa risarcitoria (le sezioni unite hanno confermato conferma la sentenza della Corte d’appello di Milano, sez. II, 7 luglio 2020, n. 1687).  **Si veda, in senso contrario, Cons. Stato, Ad. pl., n. 7 del 2021, oggetto di News US n. 46 del 13 maggio 2021; Cons. Stato Ad. pl., nn. 19, 20 e 21 del 2021, oggetto di News US n. 2 e 3 del 12 gennaio 2022.**  **Consiglio di Stato, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e Tribunali Amministrativi Regionali**  **​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​(3)**  **La portata applicativa dell’art. 1189 c.c., in ambito pubblicistico, va ancorata agli stati psicologici dell’*accipiens* e del *solvens***  [**Consiglio di Stato, sezione IV, 27 gennaio 2023, n. 933 – Pres. Poli, Est. Monteferrante**](https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=201608724&nomeFile=202300933_11.html&subDir=Provvedimenti)  Il funzionario comunale non è legittimato alla riscossione (a mezzo di assegni bancari o in contanti) di quanto dovuto a titolo di contributo di costruzione, sulla base delle seguenti considerazioni:  - la disciplina pubblicistica non consente, se non in casi eccezionali, la corresponsione del contributo di costruzione con modalità diverse da quelle che prevedono il versamento diretto in tesoreria; ciò alla luce sia della disciplina statale (che prevede la necessità di effettuare versamenti per il tramite del servizio di tesoreria) sia della regolamentazione comunale (che relega ad ipotesi meramente eccezionali i casi in cui i versamenti di quanto dovuto all’ente civico possano non essere effettuati per il tramite del sevizio di tesoreria);  - non si configura alcuna omessa vigilanza a carico del comune, in quanto nessuna misura poteva essere concretamente adottata al fine di impedire la perpetrazione di un callido comportamento criminoso da parte del funzionario comunale teso ad appropriarsi, con modalità ingannevoli, di somme di denaro spettanti all’ente civico;  - non ricorre l’elemento soggettivo dell’assenza di colpa in capo a chi abbia assunto i panni del *solvens*, ma nemmeno trova riscontro la colpa del creditore, ovverosia del comune, così da contribuire a creare una situazione di apparente legittimazione dell’*accipiens*;  - gli stati psicologici dei protagonisti della vicenda di causa depongono parimenti nel senso dell’insussistenza dei presupposti applicativi dell’art. 1189 c.c. dovendosi registrare, da un lato, il comportamento doloso dell’*accipiens*, tale da recidere il nesso di immedesimazione organica col comune e, dall’altro, il comportamento gravemente colposo del *solvens*.  (Nella fattispecie in esame, è controverso se, a seguito sia del preliminare versamento degli oneri di urbanizzazione nelle mani del funzionario comunale a mezzo di assegno bancario, senza l’indicazione dell’intestatario e con quietanza del Comune apposta sulla c.d. “scheda oneri”, sia della successiva appropriazione della relativa somma di denaro da parte dell’*accipiens*, il *solvens* sia tenuto o meno ad ulteriormente corrispondere all’Amministrazione la somma dovuta).  **​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​(4)**  **Rimesso alla Corte di giustizia UE il regime del rapporto di servizio dei giudici onorari**  [**Consiglio di Stato, sezione VII, ordinanza 26 gennaio 2023, n. 906, Pres. Giovagnoli, Est. Di Carlo**](https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202109999&nomeFile=202300906_18.html&subDir=Provvedimenti)  Vengono rimesse alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:  - se l'articolo 7 della direttiva 2003/88 e la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che non prevede, per i giudici onorari di Tribunale e per i vice procuratori onorari della Repubblica, alcun diritto alla corresponsione dell’indennità durante il periodo feriale di sospensione delle attività ed alla tutela previdenziale e assicurativa obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali;  - se la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato debba essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale il rapporto di lavoro a tempo determinato dei giudici onorari, qualificabile come rapporto di servizio e non quale rapporto di impiego alle dipendenze di una Amministrazione Pubblica, per il quale sia previsto un regime articolato su un iniziale atto di nomina ed una sola successiva riconferma, possa divenire oggetto di svariate proroghe contenute in leggi di rango statale, in assenza di sanzioni effettive e dissuasive e in mancanza della possibilità di trasformare detti rapporti in contratti di impiego alle dipendenze di una amministrazione pubblica a tempo indeterminato, in una situazione di fatto che potrebbe avere prodotto effetti favorevoli compensativi nella sfera giuridica dei destinatari, essendo stati, gli stessi, investiti della proroga nelle funzioni in modo sostanzialmente automatico per un ulteriore periodo di tempo.  **La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell’Ufficio del massimario.**  **​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​(5)**  **Sulla rinunzia alla pretesa creditoria e sulle sue conseguenze sul giudizio di ottemperanza.**  [**Consiglio di Stato, sezione IV, 25 gennaio 2023, n. 848 – Pres. Poli, Est. Loria**](https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202203802&nomeFile=202300848_11.html&subDir=Provvedimenti)  La rinuncia, da parte del creditore, alla pretesa sostanziale ed alle azioni giudiziarie sulla base di una pregressa transazione, integra un fatto - *ab origine* estintivo dell’azione e dell’interesse ad agire in sede di ottemperanza – che può essere rilevato dal giudice *ex officio*, e per la prima volta anche in appello, ove risulti dagli atti, poiché costituisce non una eccezione in senso stretto bensì una mera difesa.  Qualora la sentenza impugnata si fondi su autonome *rationes decidendi*, tutte convergenti nel senso della reiezione della domanda proposta in primo grado, è sufficiente che una di esse sia confermata per rendere inutile l’esame dei mezzi di gravame che contestano gli ulteriori capi (nel caso di specie, era stato stipulato accordo transattivo, cui era stata riconnessa in astratto efficacia novativa del diritto di credito vantato, ma in concreto recante effetti estintivi di una posizione creditoria accertata da un precedente giudicato).  **​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​(6)**  **L’Adunanza plenaria si pronuncia sull’ordinanza resa nel corso del processo di primo grado sull’istanza di accesso documentale: natura decisoria ed appellabilità.**  [**Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 24 gennaio 2023, n. 4 - Pres. Maruotti, Est. Lopilato**](https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202206642&nomeFile=202300004_11.html&subDir=Provvedimenti)  L’ordinanza, che esamina l’istanza di accesso proposta nel corso del processo di primo grado ai sensi dell’art. 116, secondo comma, c.p.a., è appellabile innanzi al Consiglio di Stato, avendo valenza decisoria, per le seguenti ragioni:  -sulla base del criterio di interpretazione letterale, l’art. 116 c.p.a. prevede, al comma 2, che:  - «il ricorso di cui al comma 1» può essere proposto con istanza in pendenza di giudizio, il che evidenzia (per il rinvio effettuato all’accesso richiesto con ricorso autonomo) la sostanziale unitarietà del rimedio;  - l’istanza deve essere notificata all’Amministrazione e agli eventuali controinteressati, che potrebbero anche essere diversi dalle parti già evocate in giudizio, il che evidenzia come il rispetto delle regole del contraddittorio sia coerente con la logica della natura decisoria dell’ordinanza;  - sulla base del criterio di interpretazione storica, le norme vigenti non qualificano più l’ordinanza in esame come ordinanza istruttoria;  - sulla base del criterio di interpretazione sistematica, il codice del processo amministrativo ha disciplinato distintamente la fase dell’istruttoria e l’istanza di accesso in corso del giudizio, con la conseguenza che non si possono sovrapporre gli istituti in esame;  - sulla base dei criteri di interpretazione conforme a Costituzione, da un lato, è necessario assicurare il diritto di difesa dei controinteressati e della stessa pubblica amministrazione, qualora nel corso del processo sia emessa un’ordinanza che accolga il ricorso ex art. 116, comma 2, c.p.a. e consenta l’ostensione dei documenti richiesti; dall’altro, il principio del doppio grado di giudizio impone, in presenza di provvedimenti aventi contenuto decisorio, di consentire alle parti di proporre appello.  Ha precisato l’Adunanza plenaria che l’ordinanza, che esamina l’istanza di accesso proposta nel corso di giudizio, ha valenza decisoria, anche perché, incidendo su situazioni giuridiche diverse rispetto a quelle oggetto del giudizio principale, così come avviene nel caso di ricorso proposto in via autonoma, evidenzia le seguenti specifiche peculiarità:  -si tratta, in questo caso, di un accesso difensivo “qualificato” dalla circostanza che la documentazione richiesta deve essere strumentale alla tutela delle situazioni giuridiche che sono state fatte valere in uno specifico processo amministrativo in corso di svolgimento. E’ comunque una “strumentalità in senso ampio”, in quanto la valutazione che deve essere effettuata dal giudice non è soltanto volta a verificare la possibile rilevanza del documento per la definizione del giudizio, ma può servire anche per risolvere in via stragiudiziale la controversia, per proporre una nuova impugnazione ovvero ancora una diversa domanda di tutela innanzi ad altra autorità giudiziaria;  - la disposizione in esame consente al giudice di non decidere in ordine all’istanza di accesso con ordinanza, ma di deciderla con la sentenza che definisce il giudizio. Questa previsione si spiega proprio nella logica della connessione della domanda con il giudizio in corso, che potrebbe indurre il giudice della causa principale a rinviare, ad esempio, la decisione incidentale sull’accesso al momento di adozione della sentenza, qualora ritenga che quella documentazione non risulti necessaria ai fini della definizione del giudizio.  **La presente sentenza sarà oggetto di apposita News da parte dell’Ufficio del massimario.**    **(7)**  **Acquisizione gratuita al patrimonio comunale per l’inottemperanza all’ordine di demolizione**  [**Consiglio di Stato, sezione II, 20 gennaio 2023, n. 714 - Pres. Saltelli, Est. Manzione**](https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202207450&nomeFile=202300714_11.html&subDir=Provvedimenti)  La sanzione acquisitiva al patrimonio dell’ente, in caso di inottemperanza dell’ordine di demolizione dell’abuso edilizio, non può essere comminata nei confronti del proprietario del fondo incolpevole dell’abuso edilizio, cui è rimasto del tutto estraneo. Diversamente è a dire per la sanzione demolitoria, la cui natura “reale” e ripristinatoria dello stato dei luoghi per come preesistente all’illecito, la rende impermeabile al necessario previo accertamento di profili di responsabilità colpevole del proprietario, anche ove subentrato all’autore dell’abuso.  Un’interpretazione orientata al rispetto dei principi espressi dalle Corti nazionali e sovranazionali impone, ai fini dell’applicazione delle sanzioni amministrative privative della proprietà del bene, quale l’acquisizione al patrimonio comunale in conseguenza di inottemperanza a ingiunzione a demolire, la necessità della sussistenza dell’elemento soggettivo, almeno di carattere colposo, da parte del soggetto proprietario che le subisce, che deve essere messo a conoscenza, mediante la previa verifica dell’accertamento dell’inottemperanza, delle conseguenze della mancata demolizione spontanea, giusta la loro innegabile gravità.  La necessità che il completo verificarsi dell’effetto traslativo formi oggetto di un atto amministrativo risponde all’esigenza di garantire il principio eurounitario di stabilità e certezza delle posizioni giuridiche e il principio di buona amministrazione. Per addivenire allo stesso vanno rispettati i passaggi procedurali a garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti, anche in funzione della maggiore economicità dell’esecuzione spontanea della intimata demolizione - essa, sì, sanzione reale - da parte dell’avente titolo. Il rispetto delle scansioni procedurali costituisce il giusto punto di incontro fra le contrapposte esigenze avute a mente dal legislatore, ovvero da un lato il rispetto dell’ordinato sviluppo del territorio, di cui il previo titolo edilizio costituisce garanzia primaria, dall’altro la tutela della proprietà.  Il Commissario *ad acta*, nominato allo scopo di dare seguito al procedimento demolitorio, senza effettuare la materiale demolizione, ritraendo i propri poteri dall’atto di nomina deve effettuare tutti gli adempimenti preliminari alla stessa, ivi compresa la messa a conoscenza formale delle conseguenze dell’inottemperanza mediante notifica del relativo verbale, che assume una valenza assimilabile alla contestazione di cui all’art. 14 della l. n. 689 del 1981. Solo all’esito della stessa possono essere irrogate le due sanzioni previste dell’acquisizione del bene al patrimonio, nel caso di specie dell’Amministrazione preposta alla tutela del vincolo, e del pagamento di sanzione pecuniaria, anche nella misura massima prevista.  **(8)**  **La partecipazione ad un’intesa restrittiva della concorrenza tra limiti probatori e profili di quantificazione delle sanzioni.**  [**Consiglio di Stato, sezione VI, 20 gennaio 2023, n. 690 – Pres. Montedoro, Est. Pascuzzi**](https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202108058&nomeFile=202300690_11.html&subDir=Provvedimenti)  Ai fini della prova dell’esistenza e della partecipazione ad una intesa restrittiva della concorrenza, valgono i seguenti principi:  -l'accertamento di un'intesa anticoncorrenziale non richiede che essa risulti da documenti o da altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali, essendo all'uopo sufficiente anche una prova indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti;  - la ricostruzione della fattispecie collusiva postula una valutazione globale delle prove acquisite, al fine di dare evidenza dell'intero assetto dei rapporti intercorrenti tra le imprese, escludendo la possibilità di parcellizzare i singoli elementi probatori sulla base di una considerazione meramente atomistica degli stessi;  - ai fini dell'accertamento di un'intesa anticompetitiva tra imprese, è necessario predisporre un'analisi complessa ed articolata, che deve tenere conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri;  - la prova di accordi bilaterali assume valenza sufficiente a dimostrare l'esistenza dell'intesa in quanto si tratta di tasselli che si inseriscono in un quadro complessivo indiziario idoneo a provare l'intesa stessa, non essendo, invece, necessaria la prova della partecipazione ad ogni singolo episodio contestato dall'Autorità;  - l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale deve normalmente essere dedotta da un elevato numero di indizi e riscontri, i quali, considerati nel loro insieme, possono costituire, solo se manchi una spiegazione alternativa lecita della condotta delle imprese coinvolte, la prova di una violazione delle regole di concorrenza;  - qualora la prova della concertazione tra imprese non sia basata sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere state frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni in concreto tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti;  - la sola partecipazione di un'impresa alle riunioni nel corso delle quali sono stati definiti gli elementi dell'intesa vietata rappresenta un dato che non consente a tale impresa di invocare poi la propria estraneità rispetto alla fattispecie oggetto di sanzione;  - si deve presumere, fatta salva la prova contraria il cui onere incombe agli operatori interessati, che le imprese partecipanti alla concertazione e che rimangono presenti sul mercato tengano conto degli scambi di informazioni con i loro concorrenti per decidere il proprio comportamento sul mercato stesso, essendo onere dell'impresa interessata dimostrare che la concertazione non abbia influenzato in nessun modo il suo personale comportamento sul mercato;  - risulta superfluo, al fine dell'*an* della responsabilità, indagare se il singolo partecipante all'intesa vietata abbia avuto un ruolo maggiore o minore, attivo o meramente passivo, essendo l’intesa contestabile anche nei confronti di chi si limiti a trarne un vantaggio, mediante un ruolo meramente passivo, dovendosi riconoscere l'esonero da responsabilità solo in caso di dissociazione espressa dall'intesa.  Ha, inoltre, precisato la sezione che la quantificazione delle sanzioni da infliggere, ove venga accertata la partecipazione ad una intesa restrittiva della concorrenza, segue le seguenti linee direttrici:  - la politica sanzionatoria dell'AGCM è volta sia a punire coloro che hanno posto in essere condotte illecite e a scongiurare la reiterazione delle stesse, sia a dissuadere le altre imprese dal porre in essere comportamenti vietati; nell’ottica finalistica della deterrenza specifica e della deterrenza generale;  - dato l'elevato grado di severità che le caratterizzano, le sanzioni antitrust hanno natura sostanzialmente penale, anche se questo non significa un’automatica applicazione di tutti i principi garantistici previsti dal processo penale come ad esempio i principi del giusto processo e della parità delle armi;  - la Corte costituzionale ha esteso, anche alle sanzioni amministrative, il principio di proporzionalità nell'applicazione delle sanzioni penali, che impone la necessaria personalizzazione della pena alla luce della oggettiva gravità, oggettiva e soggettiva, del singolo fatto di reato in attuazione del principio di personalità della responsabilità penale;  - in materia di tutela della concorrenza, il concetto di gravità viene in rilievo in ordine al quantum sanzionatorio, in relazione a quell'apprezzamento di gravità in ordine alla graduazione commisurativa della pena;  - i provvedimenti dell'Autorità, nella parte sanzionatoria, devono recare l'indicazione di una serie di dati come: qualificazione dell'infrazione come grave o molto grave; durata dell'illecito; importo della sanzione per ciascuna impresa; eventuali circostanze attenuanti o aggravanti applicate; rapporto percentuale tra importo della sanzione e fatturato complessivo dell'impresa; eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati;  - la determinazione dell'importo della sanzione costituisce espressione di un potere discrezionale dell'Autorità: ciò esclude l'applicazione di un approccio puramente matematico e meccanicistico nella valutazione del peso da attribuire a ciascuna circostanza, poiché il valore finale della sanzione va determinato, assumendo quale principale parametro di riferimento l'effettiva idoneità del *quantum* della sanzione a tenere conto nel modo più adeguato possibile della specifica gravità della condotta contestata all'impresa.  **(9)**  **Sull’anomalia dell’offerta e sull’interpretazione del bando di gara.**  [**T.a.r. per la Sicilia, Catania, sezione III, 27 gennaio 2023, n. 232 – Pres. ed Est. Lento**](https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=tar_ct&nrg=202201635&nomeFile=202300232_01.html&subDir=Provvedimenti)  La determinazione dell’Amministrazione di procedere alla verifica di anomalia nei casi in cui ciò non sia espressamente previsto dalla norma è del tutto facoltativa e di natura spiccatamente discrezionale, non soggetta alla sindacabilità del giudice amministrativo se non per le ipotesi di manifesta illogicità ed irragionevolezza.  Ai fini del giudizio di anomalia (e anche della determinazione in ordine alla sua eventuale attivazione) va valutata l’offerta nel suo complesso, in quanto non si tratta di ricercare specifiche e singole inesattezze, ma di accertare se essa, in concreto, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell’appalto; conseguentemente, la valutazione di congruità, globale e sintetica, non deve concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo.  Nelle gare pubbliche, i chiarimenti in ordine alla valenza delle clausole della legge di gara fornite dalla stazione appaltante anteriormente alla presentazione delle offerte non costituiscono un’indebita e, perciò, illegittima modifica delle regole, ma una sorta di interpretazione autentica, con cui l’Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*, sicché esse, per quanto non vincolanti, orientano i comportamenti degli interessati e non possono essere considerate *tamquam non essent*.  Nel caso in cui il bando di gara, quanto alla dimostrazione della “capacità economica e finanziaria” degli operatori economici, preveda la produzione di una sola dichiarazione bancaria mentre il disciplinare di gara stabilisca la produzione di due dichiarazioni bancarie, deve privilegiarsi un’interpretazione che, in un’ottica pro-concorrenziale, massimizzi la partecipazione alla gara, cosicché va esclusa, in radice, l’irragionevolezza della richiesta di una piuttosto che di due dichiarazioni (nell’ambito delle FAQ era stato chiarito che il requisito in questione era da intendersi soddisfatto con la presentazione di una dichiarazione bancaria, posto che il riferimento a due dichiarazioni doveva considerarsi un refuso).  **Normativa e altre novità di interesse**  **(10)**  [**Legge 13 gennaio 2023, n. 6**](https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-01-17&atto.codiceRedazionale=23G00010&elenco30giorni=true) **(in G.U. n. 13 del 17 gennaio 2023; in vigore dal 17 gennaio 2023) – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 novembre 2022, n. 176, recante misure urgenti di sostegno nel settore energetico e di finanza pubblica.**  **(11)**  [**Decreto-legge 14 gennaio 2023, n. 5**](https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-01-14&atto.codiceRedazionale=23G00007&elenco30giorni=true) **(in G.U. 11 del 14 gennaio 2023; in vigore dal 15 gennaio 2023) – Disposizioni urgenti in materia di trasparenza dei prezzi dei carburanti e di rafforzamento dei poteri di controllo del Garante per la sorveglianza dei prezzi, nonchè di sostegno per la fruizione del trasporto pubblico.** |